

*Droit des obligations - promesse de vente et consignation à titre de sûreté - ATC (Cour civile I) du 31 août 2015, X. SA c. Y. SA. et époux Z. - TCV C1 13 297*

### **Promesse de vente et consignation à titre de sûreté**

- Définition du contrat de courtage (art. 412 al. 1 CO ; consid. 3.1.1) dont l'existence est retenue en l'espèce (consid. 3.1.2).
- Distinction entre contrat de remise de commerce et précontrat (art. 22 CO ; consid. 3.2.1).
- En l'espèce, la promesse d'achat est un précontrat n'ayant pas été suivi d'un contrat définitif (consid. 3.2.2).
- Notions de consignation irrégulière à titre de sûreté (consid. 3.3.1) et d'arrhes (consid. 3.3.2).
- En l'occurrence, le montant litigieux devait garantir la conclusion du contrat principal, de sorte qu'il s'agit d'arrhes (consid. 3.3.3).
- Définition du contrat de mandat, dont l'existence est retenue en l'espèce (art. 394 CO ; consid. 3.4).
- Obligations et responsabilité du consignataire en cas de consignation irrégulière à titre de sûreté (consid. 4.1.1).
- Notion de contrat conditionnel (art. 151 al. 1 CO ; consid. 4.1.2).
- En l'espèce, la consignataire a violé ses obligations en transférant la somme d'argent remise à titre de sûreté alors que le contrat définitif n'est jamais venu à chef et qu'aucune peine conventionnelle n'a été convenue ; elle doit la restituer aux consignants (consid. 4.2).

### **Verkaufsversprechen und Sicherungshinterlegung**

- Definition des Mäklervertrages (Art. 412 Abs. 1 OR; E. 3.1.1), dessen Bestand in casu bejaht wird (E. 3.1.2).
- Unterscheidung zwischen Geschäftsübertragungsvertrag und Vorvertrag (Art. 22 OR; E. 3.2.1).
- In casu stellt das Kaufversprechen einen Vorvertrag dar, dem kein Hauptvertrag folgte (E. 3.2.2).
- Begriffe der irregulären Sicherungshinterlegung (E. 3.3.1) und des Haftgeldes (E. 3.3.2).
- Vorliegend sollte die strittige Summe den Abschluss des Hauptvertrages garantieren, so dass es sich um Haftgeld handelt (E. 3.3.3).
- Definition des Auftrages, dessen Bestand in casu bejaht wird (Art. 394 OR; E. 3.4).
- Verpflichtungen und Verantwortlichkeit des Depositars im Falle einer irregulären Sicherungshinterlegung (E. 4.1.1).
- Begriff des bedingten Vertrages (Art. 151 Abs. 1 OR; E. 4.1.2).

- In casu hat die Depositarin ihre Pflichten verletzt, indem sie die als Sicherheit hinterlegte Geldsumme überwies, obwohl der Hauptvertrag nie abgeschlossen wurde und keine Konventionalstrafe vereinbart worden war; sie hat diese dem Hinterleger zurückzuzahlen (E. 4.2).

### Faits (résumé)

**A.** A la suite d'une annonce concernant la reprise du café « A. », Z. a rencontré l'exploitant, B., qui lui a appris, en présence de l'administrateur unique de X. SA, que l'établissement était géré par D. Sàrl, dont l'associée et gérante était son épouse, et que cette société était la sous-locataire des lieux, la locataire principale étant une société anonyme dont sa belle-mère était l'administratrice unique.

Le 8 mars 2011, Z. SA, dont le but social est l'exploitation d'un café-restaurant et dont l'administratrice unique est l'épouse de Z., a été inscrite au registre du commerce. Le 11 mars 2011, les époux Z., en tant qu'acquéreurs, d'une part, et D. Sàrl, représentée pour l'occasion par B., en qualité de venderesse, d'autre part, et enfin X. SA, par son administrateur unique, en tant qu'« agence » de tierce part, ont signé un document sous seing privé intitulé « promesse irrévocable d'achat ». Le prix était fixé à 250 000 fr., sous réserve d'acceptation définitive du bailleur du nouveau locataire. Une clause prévoyait en outre : « En cas d'accord, nous verserons 20 % de réservation sur le compte bancaire de X. SA, dans les dix jours ». Ce montant de 50 000 fr. a été payé le 24 mars 2011. Le prix a ensuite été baissé à 240 000 fr. du fait que seule une sous-location pouvait entrer en considération.

**B.** Y. SA a repris l'exploitation le 1<sup>er</sup> mai 2011. L'administrateur de X. SA a transmis à Z., le 5 mai 2011, les projets de contrat établis par le conseil de D. Sàrl et de la propriétaire des locaux. Le contrat de sous-location prévoyait que les époux Z. garantissaient personnellement le paiement du loyer mensuel et l'acompte de charge en remettant à la propriétaire une cédule hypothécaire au porteur de 600 000 fr. grevant leurs appartements. Le contrat de vente de fonds de commerce arrêtaient que cette cédule pourrait également servir à garantir le paiement du solde du prix de vente. Le lendemain, Z. a répondu à l'administrateur de Y. SA que ces projets étaient inacceptables, qu'il n'avait jamais été question que lui-même figure à titre personnel dans ces conventions, ne faisant pas partie de la société Z. SA, étant unique-

ment intervenu comme interprète et conseiller de son épouse, ni qu'ils fournissent une garantie hypothécaire. Il a également relevé que X. SA les avait informés que le montant versé sur un compte « bloqué » à titre de fonds propres de la société avait été libéré en faveur de la venderesse à son insu, alors que leur accord aurait dû être sollicité au préalable.

**C.** Le 10 mai 2011, X. SA a adressé une facture de 2700 fr. à Z. SA pour ses services. Le même jour, elle a donné ordre à sa banque de transférer sur le compte de D. Sàrl le montant de 37 261 fr. 35, correspondant aux 50 000 fr. reçus des époux Z., sous déduction de la commission de courtage due par la venderesse, par 9938 fr. 65, et des honoraires précités, portés finalement à 2800 fr. au vu du montant crédité à D. Sàrl.

Le 18 mai 2011, D. Sàrl et la propriétaire ont informé Z. SA qu'elles mettaient un terme aux relations contractuelles, lui impartissant un délai au 30 mai 2011 pour restituer les locaux et annonçant que le montant versé ne serait pas restitué car faisant « office de peine conventionnelle » pour la renonciation à l'achat « sans aucune raison valable ».

Le 23 mai 2011, le conseil des époux Z. a exigé la restitution intégrale de la somme de 50 000 fr. d'ici la fin du mois, la promesse d'achat ne prévoyant pas le versement de peine conventionnelle et étant par ailleurs devenu caduque en raison du refus de la reprise du contrat de bail par la propriétaire des lieux.

**D.** Le 1<sup>er</sup> mars 2012, un commandement de payer de 50 000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 23 mai 2011, a été notifié à X. SA à la requête des époux Z., à titre de remboursement de la somme payée à tort, à la suite de la signature d'une promesse de vente non valable.

Par demande du 17 décembre 2012, Y. SA et les époux Z. ont ouvert action contre X. SA en vue d'obtenir notamment le remboursement du montant précité, ce à quoi le juge de district a fait droit dans son jugement du 11 novembre 2013.

**E.** X. SA a interjeté appel contre ce jugement.

### Considérants (extraits)

**3.** Dans un premier moyen, l'appelante et défenderesse invoque son absence de légitimation passive, en tant que l'action des demandeurs a été "intentée à son encontre sur la base de la promesse d'achat du 11 mars 2011 signée entre les époux Z. d'une part et D. Sàrl et B. d'autre part". Elle critique par ailleurs le raisonnement de la juridiction précédente, ayant abouti à l'admission de l'existence d'un contrat de consignation à titre de sûreté entre les demandeurs et elle-même. De son point de vue, en l'absence de relation contractuelle avec elle pour ce qui est du versement de la somme de 50'000 fr., les demandeurs et appelés auraient dû agir par la voie de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), dont les conditions d'application ne seraient pas réunies. Selon le prisme de l'appelante et défenderesse, l'action aurait ainsi déjà dû être rejetée pour ces divers motifs.

Afin de bien cerner le débat et la pertinence des griefs soulevés, il convient, à titre préalable, de qualifier juridiquement les types de relations nouées entre les différentes parties prenantes au projet de reprise de l'établissement public exploité sous l'enseigne "A.". Doivent ainsi être distingués les liens existant entre l'appelante et D. Sàrl, d'une part, la première nommée et les appelés, d'autre part, et entre ces derniers et D. Sàrl, de tierce part.

**3.1.1** Selon l'art. 412 al. 1 CO, le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat. Le courtage doit présenter les deux éléments essentiels suivants : il doit être conclu à titre onéreux (Rayroux, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n. 6 ad art. 312 CO) et les services procurés par le courtier - qu'il soit indicateur ou négociateur (Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd. 2009, n. 5591) - doivent tendre à la conclusion d'un contrat, quelle qu'en soit la nature (ATF 139 III 217 consid. 2.3 ; 131 III 268 consid. 5.1.2). Les deux prestations possibles d'un courtier (indiquer un cocontractant ou négocier le contrat) peuvent être cumulées (ATF 110 II 276 consid. 2a). Le courtier n'est en principe pas le représentant direct de son client lors de la conclusion du contrat. Suivant les circonstances, le courtier peut être chargé de veiller plus

ou moins largement aux intérêts de son cocontractant. Les règles du mandat (art. 394 ss CO) sont applicables au contrat de courtage, en tant qu'elles sont compatibles avec la nature de ce contrat (art. 412 al. 2 CO ; ATF 110 II 276 consid. 2a ; Ammann, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 2011, n. 16 ad art. 412 CO ; sur la distinction avec le mandat, qui prévoit une rémunération non en fonction du succès de l'intervention, mais du temps consacré à l'affaire, cf. ATF 131 III 268 consid. 5.1.2). La conclusion du contrat de courtage n'est soumise à aucune exigence de forme (ATF 139 III 217 consid. 2.3 ; 131 III 268 consid. 5.1.2) ; elle peut donc intervenir oralement ou même par actes concluants (arrêts 4A\_45/2010 du 25 mars 2010 consid. 2.2 ; 4C.70/2003 du 6 juin 2003 consid. 3. 1, in SJ 2004 I p. 257 ss ; Rayroux, op. cit., n. 7 ad art. 412 CO).

**3.1.2** En l'occurrence, comme l'admet elle-même l'appelante et défenderesse, celle-ci est intervenue au profit de D. Sàrl dans le but de trouver un acquéreur intéressé par la reprise de l'exploitation du "A.", à Conthey. Les démarches entreprises par l'appelante et défenderesse, pour lesquelles elle a perçu une rémunération de 9938 fr.65 - correspondant à une commission de l'ordre de 4 % par rapport au prix de vente finalement négocié (240 000 fr.) et qui se situe dans les limites admises par la jurisprudence (cf. ATF 138 III 669 consid. 4.1) - ont permis de mettre en contact les appelés avec D. Sàrl. La relation prévalant entre cette dernière et l'appelante et défenderesse relève donc bien du contrat de courtage au sens des art. 412 ss CO, ce dont les parties ne disconviennent plus, en instance d'appel à tout le moins.

**3.2.1** Lorsque le contractant reprend le mobilier, l'agencement, le matériel, les installations, ainsi que le droit au bail, la clientèle et l'enseigne d'un établissement, l'on se trouve en présence d'un contrat de remise de commerce. Un tel accord recouvrant diverses prestations constitue selon la jurisprudence un contrat sui generis (ATF 129 III 18 consid. 2.1 ; arrêts 4A\_601/2009 du 8 février 2010 consid. 3.2.1 ; 4C.84/2007 du 5 juillet 2007 consid. 3.3.1), auquel les dispositions sur la garantie dans la vente sont applicables par analogie, sauf si l'usage des locaux est en cause (Tercier/Favre, op. cit., n. 2035, p. 301 ; cf. ég. arrêt C.294/1986 du 10 décembre 1986 consid. 2a, in SJ 1987, p. 179 ss).

Le précontrat, régi par l'art. 22 CO, constitue un accord par lequel les deux parties, ou l'une d'elles seulement, s'engagent à conclure dans le futur un autre contrat déterminé générateur d'obligations (le contrat principal) entre elles ou avec un tiers (arrêt 4A\_297/2013 du 4 septembre 2013 consid. 3.2.1 ; Morin, Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n. 2 ad art. 22 CO ; Kramer, Commentaire bernois, n. 73 ad art. 22 CO). Savoir si les parties ont entendu conclure un précontrat, voire directement le contrat principal, se détermine selon les circonstances de chaque cas particulier (arrêt 4C.409/2005 du 21 mars 2006 consid. 2.3.1, in SJ 2006 I p. 433 ss). Souvent, la promesse de contracter s'identifie au contrat principal, ce qui est le cas lorsqu'il s'agit dans le précontrat de conclure un contrat principal entre les mêmes parties aux mêmes conditions. Dans la mesure en effet où une promesse de contracter n'est valide que si les parties ont réglé les points essentiels, ou au moins que ceux-ci sont déterminables, on ne voit pas ce qui la distingue, logiquement, du contrat principal dont la conclusion obéit aux mêmes conditions ; dans ces circonstances, le précontrat donne naissance directement à l'action en exécution (ATF 118 II 32 consid. 3b et c; 129 III 264 consid. 3.2.1 ; arrêt 4C.246/2003 du 30 janvier 2004 consid. 5.1). Toutefois, le précontrat garde tout son sens lorsque les parties veulent encore régler certains points secondaires avant de conclure le contrat principal (Brückner, Verwandte Verträge [Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts], in Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, 2001, p. 503 ss, n. 28 ss, p. 518), ou lorsque les parties ne savent pas encore si elles ont véritablement intérêt à conclure le contrat principal, auquel cas elles peuvent ne prévoir qu'une obligation conditionnelle de le conclure (art. 151 ss CO) ; ainsi peut-il en aller lorsque la conclusion de la vente immobilière promise est subordonnée à la délivrance d'un permis de construire (Morin, op. cit., n. 12 ad art. 22 CO ; Brückner, op. cit., n. 24 ss, p. 517 s. ; cf. ég ATF 129 III 264 consid. 3.2.1 ; arrêt 4C.271/2003 du 17 février 2004 consid. 2.1 ["Reservationsvertrag"]).

**3.2.2** Dans le cas particulier, la "promesse d'achat" signée le 11 mars 2011 notamment par les époux Z. - portant sur la reprise du fond de commerce et de la relation de bail de l'établissement "A." exploité par D. Sàrl -, mérite effectivement cette qualification. Elle ne saurait par ailleurs être confondue avec le contrat définitif de remise de commerce tel qu'envisagé entre Z. SA et D. Sàrl. En effet, si la promesse

de vente fixait bien un prix (250 000 fr.) - rabaisé par la suite à 240 000 fr. du fait que seule une sous-location pouvait entrer en considération - et la date à laquelle la continuation d'exploitation devait intervenir, soit le 1<sup>er</sup> mai 2011, les modalités concrètes de reprise de l'établissement n'étaient nullement détaillées, en comparaison de ce qui figure dans les projets de contrats de vente du fond de commerce et de sous-location transmis le 5 mai 2011. Par ailleurs, comme on le verra plus en détail ci-après, la conclusion du contrat de remise de commerce était conditionnée, à rigueur du texte de la promesse d'achat signée le 11 mars 2011 dont il n'a jamais été prétendu qu'il ne restituait pas la réelle et commune volonté des parties, à l'obtention de "l'acceptation définitive du bailleur". C'est ici le lieu de rappeler que l'absence de celle-ci est de nature à exposer le locataire (principal) à une résiliation anticipée du contrat de bail (principal) (cf. ATF 134 III 300 consid. 3.1), de sorte que cette question constituait bien un point déterminant, et non accessoire, de la convention prévue entre les appelés et D. Sàrl. Enfin, comme relevé de manière pertinente par les appelés dans leur réponse à l'appel, la promesse d'achat a été paraphée par les conjoints Z. personnellement, sans adjonction aucune du fait que l'épouse intervenait en tant qu'administratrice de Z. SA (cf. art. 719 CO) - société du reste dont l'inscription au registre du commerce avec effet le 8 mars 2011 n'a été publiée à la FOOSC que le 11 mars 2011, soit le même jour que celui de la signature de la promesse -, alors que le contrat final devait engager principalement la SA, comme le démontrent également les projets de contrats figurant au dossier. Si l'on tient compte en sus des divergences apparues concernant les modalités de la reprise du sous-bail, impliquant, du point de vue de D. Sàrl et C. SA, la fourniture de garanties hypothécaires grevant les appartements des époux Z., force est d'en conclure que ces derniers et D. Sàrl n'étaient au final liés que par un précontrat, le contrat définitif de remise de commerce n'étant pour sa part jamais venu à chef.

**3.3.1** La consignation se définit comme l'opération par laquelle une personne (le consignante) remet une chose à une autre (le consignataire), à charge pour cette dernière de la conserver jusqu'à ce qu'un tiers bénéficiaire ou la première nommée soit autorisée à lui en réclamer la délivrance (Barbey, Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n. 6 ad art. 480 CO ; sur la différence avec le contrat d'"escrow", où l'"escrow-agent" doit présenter des garanties

d'indépendance et de neutralité à l'égard du consignataire aussi bien que du bénéficiaire, cf. Eisenhut, *Escrow-Verhältnisse*, Diss. Basel 2009, p. 18 et 169 ; Barbey, op. cit., n. 3 ad art. 480 CO). La jurisprudence et la doctrine distinguent plusieurs types de consignation, en fonction de la cause de l'obligation du consignataire : la consignation à titre d'exécution ("Hinterlegung als Erfüllung"), la consignation conservatoire ("Hinterlegung als Erfüllungssurrogat"), et enfin la consignation à titre de sûreté ("Hinterlegung als Sicherheitsleistung") (ATF 135 III 31 consid. 2.2.2 ; Barbey, loc. cit. ; Weber, *Commentaire bernois*, n. 47 ss ad art. 92 CO).

La consignation à titre de sûreté est un contrat par lequel le débiteur, ou un tiers pour lui, dépose un objet dont il est normalement le propriétaire entre les mains d'un tiers, pour garantir les droits d'un créancier, le dépositaire ne pouvant le restituer au déposant contre la volonté du créancier (ATF 102 Ia 229 consid. 2e ; arrêt 4C.154/2003 du 6 octobre 2003 consid. 7.3 ; Tercier/Favre, op. cit., n. 6619 ; Engel, *Contrats de droit suisse*, Berne 2000, p. 612). Le contrat ne nécessite pas de forme particulière (Zobl/Turnheer, *Commentaire bernois*, *Das Fahrnispfand*, n. 1227 ad Systematischer Teil) ; il peut être conclu de manière expresse ou tacite, et résulter du fait que le dépositaire a manifesté de façon reconnaissable pour l'autre partie qu'il entend se charger de la consignation de la chose (Tercier/Favre, op. cit., n. 6637). L'institution donne nécessairement naissance à trois relations (Schmid/Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 2012, n. 2032, p. 580) : entre le consignataire et le consignataire, il y a un véritable contrat de dépôt (cf. art. 472 ss CO) ; entre le consignataire et le bénéficiaire, il y a une relation contractuelle propre, étrangère comme telle à la consignation ; enfin, entre le consignataire et le bénéficiaire, il n'y a qu'une relation indirecte, déduite de la stipulation pour autrui conditionnelle (cf. art. 112 CO) comprise dans la consignation (Tercier/Favre, op. cit., n. 6622 ; Schmid/Hürlimann-Kaup, op. cit., n. 2037).

La consignation à titre de sûreté peut prendre plusieurs formes, dont celle d'une consignation irrégulière à titre de sûreté ("irreguläre Sicherungshinterlegung") : ce cas de figure est réalisé lorsque le consignataire remet au consignataire de l'argent ou d'autres biens fongibles à titre de dépôt irrégulier (cf. art. 480 CO) ; le consignataire en devient propriétaire et doit restituer la même somme, respectivement des biens de même genre (Steinauer, *Les droits réels*, T. III, 4<sup>e</sup> éd. 2012, n. 3119 ; Schmid/Hürlimann-Kaup, op. cit., n. 2035).

**3.3.2** On parle d'arrhes ("Haftgeld") lorsqu'une partie remet à l'autre une somme ou un objet en signe de la conclusion d'un contrat, au moment de celle-ci (cf. art. 158 al. 1 CO; ATF 133 III 43 consid. 3.2.1 ; Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2014, n. 3857 ; Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, thèse Fribourg 1994, p. 17). Selon la doctrine, les arrhes peuvent être données en exécution d'un pré-contrat, afin de garantir la conclusion du contrat principal ("arrha pacto imperfecto data") (Mooser, Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n. 3 ad Intro. art. 158-163 CO; Ehrat, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 2011, n. 10 ad art. 158 CO ; Gauch/Schluep/Emmenegger, op. cit., n. 3863). Cette hypothèse n'est pas prévue dans la loi. Une telle convention est fréquemment assortie d'une clause pénale. Faute de conclusion du contrat principal, les arrhes restent alors acquises, comme peine exclusive, à l'autre partie, qui ne peut faire valoir aucune autre prétention (art. 160 al. 1 CO) ; dans le cas contraire, les arrhes versées valent acompte sur le solde du prix (Mooser, loc. cit. ; cf. ég. Gauch/Schluep/Emmenegger, qui précisent que cela vaut lorsque le débiteur du précontrat se refuse à conclure le contrat principal ; pour un exemple de contrat soumis à une condition suspensive où les arrhes ont été considérées comme valant acompte, cf. arrêt 4C.25/2004 du 13 septembre 2004 consid. 3.5.1).

**3.3.3** En l'occurrence, la commune et réelle volonté des parties concernant le but poursuivi par la remise du montant de 50 000 fr. à l'appelante et défenderesse n'a pas été déterminée. Dans un tel cas de figure, il convient de raisonner, subsidiairement, en vertu du principe de la confiance (cf. art. 18 al. 1 CO ; ATF 131 III 467 consid. 1.1). A rigueur de texte, la promesse d'achat, que l'appelante et défenderesse a cosignée dès lors qu'elle était intervenue activement dans les relations entre les parties en tant que courtier, prévoyait le versement de 20 % du prix de vente initialement convenu (i.e. 250 000 fr.) à titre "de réservation" à virer sur le compte de la fiduciaire dans les 10 jours. La somme en question avait donc manifestement pour but de garantir la conclusion du contrat principal, et donc de servir d'arrhes, telles que définies au considérant précédent. L'appelante et défenderesse n'a du reste pas remis en question l'appréciation de la juridiction précédente, selon laquelle le montant de 50 000 fr. était destiné à valoir acompte sur le prix total en cas de conclusion du

contrat de remise de commerce, respectivement de peine conventionnelle restant acquise à D. Sàrl en cas de non-venue à chef du contrat par les appelés nonobstant l'obtention de l'accord du bailleur. De son côté, l'appelante et défenderesse a, le 11 mars 2011 - soit le même jour que la signature de la promesse d'achat entre les époux Z. et D.Sàrl -, établi à l'intention des appelés une facture d'un montant de 50 000 fr., avec la description suivante : "dépôt de garantie, promesse d'achat". Les termes en question ayant été utilisés par une fiduciaire, ils sont supposés l'avoir été dans leur acception correcte (cf. Winiger, Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n. 29 ad art.18 CO). Ainsi, l'appelante et défenderesse a accepté de manière reconnaissable notamment vis-à-vis des appelés et demandeurs de recevoir et conserver le montant de 50 000 fr. à titre de garantie, à charge pour elle de le transférer en faveur de D. Sàrl lors de la conclusion du contrat définitif. L'appelante et défenderesse, d'une part, les époux Z., d'autre part, étaient ainsi bien liés par un contrat de consignation à titre de sûreté, de sorte que la critique soulevée par la première nommée à l'encontre de cette qualification juridique est sans consistance. Il importe par ailleurs peu que les parties ne se soient pas référées lors de l'échange d'écritures en première instance à cette figure juridique, dès lors que l'autorité de jugement applique le droit d'office sur la base de l'état de fait qu'elle a pu établir.

Vu ce qui précède, l'appelante et défenderesse dispose donc bien - certes non pas sur la base de la promesse de vente, à laquelle elle n'est pas directement partie prenante, mais bien sur celle du contrat en consignation à titre de sûreté -, de la légitimation passive à l'action intentée par les appelés et demandeurs. La créance en restitution de ceux-ci résultant assurément de ce contrat, le recours à la notion d'enrichissement comme le préconise l'appelante et défenderesse est infondé, eu égard au caractère subsidiaire de cette source d'obligations (cf. ATF 129 III 264 consid. 4.1 et les arrêts cités).

Sans consistance, les griefs de l'appelante et défenderesse résumés au considérant 3 doivent être écartés.

**3.4.1** L'élément caractéristique du mandat est constitué par la prestation de service, qui consiste pour le mandataire à fournir une activité (Tercier/Favre, op. cit., n. 4979 et 4981, p. 744). Il faut donc que le mandataire rende certains services (cf. Fellmann, Commentaire bernois, n. 79 ss ad art. 394 CO) et que ceux-ci soient procurés en vue

d'atteindre un certain résultat (arrêt 4C.60/2004 du 2 juin 2004 consid. 5.2.2 ; Fellmann, op. cit., n. 93 et 99-100 ad art. 394 CO). Les contrats de conseil, d'information et de contrôle constituent fréquemment des contrats de mandat, car il est souvent difficile pour le prestataire de garantir un résultat (Tercier/Favre, op. cit., n. 5465, p. 827 s. ; cf. ég. arrêt 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.4, in SJ 2009 I p. 13 ss [conseil en placement]).

**3.4.2** En tant que les appelés et demandeurs ont eu recours aux services de l'appelante et défenderesse en vue d'obtenir un crédit de la part de la banque, elles ont noué une relation de mandat, distincte de celle de consignation à titre de sûreté, et qui ne fait pas en tant que telle directement l'objet de l'appel.

**4.** L'appelante et défenderesse reproche à l'autorité de première instance d'avoir transgressé les art. 151 ss CO : en effet, celle-ci n'aurait pas retenu, à tort, la réalisation de la condition suspensive assortissant la promesse d'achat, à savoir l'obtention de l'accord du bailleur le 24 mai 2011. Par ailleurs, en reprenant effectivement l'exploitation du café "A." le 1<sup>er</sup> mai 2011 déjà, les appelés et demandeurs auraient "rempli tous les éléments propres à convaincre D. Sàrl de la reprise du fond de commerce indépendamment des clauses initialement prévues dans la promesse irrévocable". Compte tenu de ce qui précède, l'appelante et défenderesse pouvait s'estimer légitimée à verser la somme (après déduction notamment de son salaire pour son activité de courtier) à D. Sàrl.

**4.1.1** Dans le contrat de consignation à titre de sûreté, la position juridique du consignataire envers le consignataire s'analyse selon les règles - applicables par analogie - du contrat de dépôt, à l'exception de l'art. 475 CO (Zobl/Turnheer, op. cit., n. 1249 et 1253 ad Systematischer Teil ; Schmid/Hürlimann-Kaup, op. cit., n. 2037, ; Steinauer, op. cit., n. 3124d). Sous l'angle du droit des obligations, le dépositaire ne peut restituer la chose que selon les termes de l'accord : celui-ci peut prévoir qu'il la restituera au déposant, mais avec l'accord du bénéficiaire, ou au bénéficiaire, mais avec l'accord du déposant ou, à défaut, prévoir la confirmation par un juge (Tercier/Favre, op. cit., n. 6627 et la réf.).

Outre la prétention en exécution du contrat de consignation qu'acquière le créancier en vertu de la stipulation pour autrui (art. 112

al. 2 CO) prévue en sa faveur (cf. supra, consid. 3.3.1 ; Zobl/Turnheer, op. cit., n. 1230 ad Systematischer Teil), la consignation à titre de sûreté crée un droit de gage en faveur du créancier (ATF 102 la 229 consid. 2e et les nombreuses réf. ; arrêt 4C.154/2003 précité consid. 7.3), dont les effets sont régis par les art. 884 ss CC (Steinauer, op. cit., n. 3124d) ; lorsque les choses données en garantie sont des choses fongibles qui passent dans la propriété du consignataire (cf. consignation irrégulière à titre de sûreté), il ne peut toutefois pas s'agir d'un droit de gage au sens propre, mais d'une variante de droit de gage irrégulier (Steinauer, op. cit., n. 3122, et n. 3111 ss). Sous l'angle des droits réels, le consignataire ne doit remettre les choses données au créancier que lorsque les conditions correspondantes sont remplies. En présence d'une consignation irrégulière à titre de sûreté, qui a pour objet une somme d'argent, il existe, en l'absence de convention expresse entre les parties, une présomption que la somme déposée doit être transférée au créancier jusqu'à concurrence de sa prétention pécuniaire ; encore faut-il que l'existence et l'exigibilité de la créance garantie ait été prouvée (Zobl/Turnheer, op. cit., n. 1257-1258 et 1278-1279 ad Systematischer Teil et les réf.). Lorsqu'il ne s'agit pas de choses fongibles, le consignataire peut (et doit) restituer les objets grevés au consignataire si celui-ci établit que la créance garantie est éteinte, notamment par paiement. Inversement, aussi longtemps que la créance n'est pas éteinte, le consignataire ne doit au contraire restituer cet objet qu'au créancier ou aux autorités d'exécution forcée ; s'il s'en dessaisit en faveur du consignataire ou d'un tiers, le droit de gage prend fin (cf. art. 888 CC ; Steinauer, op. cit., n. 3124d, p. 445). Enfin, si le consignataire remet la chose consignée à une personne non légitimée, il en répond à l'égard du créancier ou du consignataire en vertu de la responsabilité contractuelle des art. 97 ss CO (Zobl/Turnheer, op. cit., n. 1259 ad Systematischer Teil ; cf. ég. Schmid/Hürlimann-Kaup, op. cit., n. 2037, p. 581). Cette dernière suppose la réunion de quatre conditions qui sont cumulatives : une violation d'un devoir de diligence, une faute, un dommage et une relation de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation fautive du devoir de diligence et le dommage survenu (arrêt 4A\_267/2014 du 8 octobre 2014 consid. 2) ; il appartient au demandeur à l'action d'apporter la preuve des faits permettant de constater que chacune de ces conditions est remplie (art. 8 CC), sauf pour la faute qui est présumée (art. 97 al. 1 CO) (cf. ATF 133 III 121 consid. 3.1 ; 132 III 379 consid. 3.1).

**4.1.2** En vertu de l'art. 151 al. 1 CO, le contrat est conditionnel, lorsque l'existence de l'obligation qui en forme l'objet est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain. Si, au contraire, les parties font dépendre par exemple la naissance d'un effet juridique d'un événement futur dont la réalisation est objectivement certaine, même si l'on ignore quant il se réalisera, il s'agit d'un terme (arrêt 4A\_601/2009 du 8 février 2010 consid. 3.2.4.2). On parle de condition suspensive si l'acte juridique affecté d'une condition ne produit pas d'effets jusqu'à l'avènement de la condition (art. 151-153 CO) ; on parle en revanche de condition résolutoire si l'acte juridique affecté d'une condition produit tous ses effets jusqu'à l'avènement de la condition qui met fin à son efficacité (art. 154 al. 1 CO) (Pichonnaz, Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n. 30 ad art. 151 CO). Dès lors que tout événement futur incertain peut être formulé aussi bien comme condition suspensive que comme condition résolutoire, il convient également d'examiner le libellé de la condition pour la qualifier, en application du principe de la confiance (Gauch/Schluep/Emmenegger, op. cit., n. 3964) ; dans le doute, l'interprétation se fait en faveur de la condition suspensive (arrêt 4C.424/2005 du 20 février 2006 consid. 2.3.1).

Si la condition suspensive produit en général des effets ex nunc, il peut arriver exceptionnellement qu'elle déploie des effets rétroactifs, que les parties peuvent prévoir par convention vu le caractère dispositif de l'art. 153 al. 2 CO, ce qui intervient en cas de remise de possession anticipée (Pichonnaz, op. cit., n. 53 ad art. 151 CO), ou à l'occasion d'un paiement préalable, (cf. ATF 129 III 264 consid. 3.2.2 ; arrêt 4C.424/2005 précité consid. 2.3.1 in fine).

Une partie de la doctrine admet que lorsqu'une condition n'est prévue que dans l'intérêt d'une seule partie (par exemple la vente d'un immeuble à condition que l'autorisation de construire soit octroyée), celle-ci puisse unilatéralement renoncer à cette condition lorsqu'il n'en résulte pas pour l'autre partie une insécurité juridique inacceptable (arrêt 4C.314/2005 du 17 janvier 2006 consid. 1.1 ; Ehrat, op. cit., n. 8 ad Vorbemerkungen zu Art. 151-157 CO; Guhl/Merz/Koller/Drues, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2000, § 9 note 17, renvoyant à l'ATF 95 II 523 consid. 5). Un auteur estime toutefois qu'il est plus juste de considérer que la partie ne peut renoncer unilatéralement à la condition, mais doit avoir l'accord de l'autre partie (Pichonnaz, op. cit., n. 47 ad art. 151 CO).

**4.2.1** En l'occurrence, il a été exposé que la relation entre l'appelante et défenderesse et les époux Z. relevait du contrat de consignation à titre de sûreté. Même en l'absence de convention expresse sur les conditions auxquelles la somme de 50 000 fr. fournie le 24 mars 2011 pouvait être virée à D. Sàrl, il existe une présomption selon laquelle le montant ne peut être transféré au bénéficiaire que pour autant que la créance garantie existe et soit exigible. Cela signifie, en d'autres termes, que l'appelante et défenderesse ne pouvait virer à D. Sàrl la somme de 50 000 fr. versée à titre d'arrhes que pour autant qu'elle ait été dûment informée de la conclusion du contrat définitif de remise du commerce - auquel cas le montant aurait pu valoir acompte sur le prix de vente total -, respectivement de l'absence de conclusion dudit contrat par les appelés nonobstant l'obtention de l'accord du bailleur - auquel cas le montant aurait pu valoir peine conventionnelle.

**4.2.2** En tant que l'appelante et défenderesse prétend que la condition suspensive s'est réalisée, et qu'elle pouvait donc se croire en droit de verser les sûretés à D. Sàrl, elle se fonde sur une lecture partielle - et biaisée - des événements, en faisant par ailleurs fi de leur chronologie. Il a en effet été circonscrit en fait qu'elle avait reçu, par courriel des 6 et 8 mai 2011, les demandes de Z. tendant à ce que les projets de contrat soient remaniés, dans la mesure où ceux-ci le désignaient à titre personnel et prévoyaient la remise de garanties hypothécaires conséquentes (600 000 fr.). En l'absence de réception dans l'intervalle d'une réponse de D. Sàrl quant au sort à réserver aux modifications sollicitées - lesquelles ne portaient pas que sur des points accessoires, loin s'en faut -, l'appelante et défenderesse ne pouvait en déduire de bonne foi que le contrat définitif de remise de commerce avait connu son point d'orgue et ne pouvait en conséquent procéder le 10 mai 2011, sans plus ample instruction, au virement des sûretés en faveur de la bénéficiaire de celles-ci.

Par ailleurs, l'appelante et défenderesse ne peut rien tirer en sa faveur de la lettre de E. SA figurant au dossier. Outre le fait que l'accord de la représentante de la bailleuse relatif au principe de la sous-location n'était lui-même pas inconditionnel, il n'a été fourni que le 24 mai 2011, soit alors que le conseil de D. Sàrl avait, par courrier envoyé le 18 du même mois, déjà annoncé la fin des relations contractuelles avec les appelés.

Dans ces circonstances, c'est à tort que l'appelante et défenderesse, se faisant l'avocate de D. Sàrl, s'évertue à prétendre que le contrat définitif de remise de commerce est venu à chef avec cette dernière une fois l'accord de la propriétaire obtenu.

**4.2.3** Changeant son fusil d'épaule, l'appelante et défenderesse avance cette fois-ci dans la seconde branche de son moyen pris de la violation de l'art. 151 CO que les appelés et demandeurs auraient renoncé par actes concluants à la condition suspensive contenue dans la promesse d'achat en reprenant l'exploitation du café "A." dès le 1<sup>er</sup> mai 2011. Ce faisant, l'appelante et défenderesse omet de préciser que la promesse en question fait elle-même référence à la "reprise sans fermeture [de l'établissement] au 1<sup>er</sup> mai 2011" et que les parties peuvent parfaitement convenir qu'un contrat pourvu d'une condition suspensive déploie certains effets avant la réalisation de celle-ci (cf. art. 151 al. 2 CO : "[Le contrat] ne produit d'effets qu'à compter du moment où la condition s'accomplit, si les parties n'ont pas manifesté une intention contraire").

On saurait d'autant moins interpréter le comportement des appelés comme une renonciation unilatérale - si tant est que celle-ci s'avère admissible -, à la condition suspensive que constituait l'obtention de l'accord du bailleur concernant la sous-location, que les projets de contrats d'achat du fond de commerce et de sous-location établis par l'homme de loi de D. Sàrl n'ont été transmis par l'appelante et défenderesse que le 5 mai 2011, soit postérieurement à la reprise effective de l'exploitation, et que Z. en a, par deux fois, demandé vainement la modification, notamment en raison des exigences jugées inacceptables de l'adverse partie à obtenir en sus des garanties hypothécaires.

Partant, le moyen de l'appelante et défenderesse est privé de fondement.

**4.2.4** Enfin, on ne se trouve pas dans l'hypothèse où l'appelante et défenderesse aurait transféré les sûretés à D. Sàrl pour valoir peine conventionnelle, en raison du refus injustifié qu'auraient opposé les époux Z. à conclure le contrat définitif de remise de commerce, en dépit de l'accord ultérieurement obtenu de la part du bailleur. Le refus de fournir des garanties hypothécaires conséquentes (cf. cédule hypothécaire au porteur de 600 000 fr.), dont il n'a pas été démontré qu'elles aient été discutées déjà au stade de la promesse d'achat, était

justifié par des motifs d'ordre économique, ce qui exclut toute mauvaise foi des intéressés au sens de l'art. 156 CO (arrêts 4A\_144/2011 du 5 mai 2011 consid. 6 ; 4C.281/2005 du 15 décembre 2005 consid. 3.5, in SJ 2006 I p. 174 ss ; 4C.25/2004 précité consid. 3.2).

**4.2.5** En résumé, en transférant d'emblée à D. Sàrl le 10 mai 2011 la somme qui lui avait été confiée par les époux Z. à titre de sûreté, alors que le contrat que ladite somme était supposée garantir n'est en définitive jamais venu à chef, l'appelante et défenderesse a failli de manière fautive aux obligations qui lui incombait en sa qualité de consignataire. Les conditions de la responsabilité contractuelle sont donc réunies, et l'appelante et défenderesse doit se voir condamnée à restituer la somme de 50 000 fr. en capital. La créance à garantir n'ayant au final pas pris naissance, l'appelante et défenderesse ne pouvait par ailleurs prélever sur les sûretés confiées ni le montant de 2700 fr., respectivement 2800 fr., correspondant à ses prestations fournies en vertu du contrat, distinct, de mandat, ni celui de 9938 fr. 65 réclamé à titre de commission de courtage, et dont n'aurait de toute manière été redevable que D. Sàrl.

Mal fondé, l'appel doit être intégralement rejeté, et le jugement de première instance confirmé en tant qu'il condamne l'appelante et défenderesse à verser, solidairement entre eux, aux époux Z., appelés et demandeurs - et non pas encore Z. SA, dans la mesure où l'épouse n'a pas paraphé la promesse de vente au nom de la société en ajoutant sa signature personnelle à la raison sociale (cf. art. 719 CO) - la somme de 50 000 fr., plus intérêts au taux de 5 % l'an dès le 2 mars 2012, correspondant au jour suivant (art. 77 al. 1 ch. 1 CO) la réception du commandement de payer, faute de démonstration d'une interpellation antérieure envoyée à l'appelante et défenderesse (Thévenoz, Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n. 9 in fine ad art. 104 CO). Toute autre ou plus ample conclusion est rejetée.